Der Unterlassungsanspruch im heutigen Bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt

von

Kurt Dittmann
Referendar aus Dresden.

Rostock
Rats- und Universitäts-Buchdruckerei Adlers Erben, G. m. b. H.
1927

Referent: Herr Professor Dr. Henle.

Meiner Pflegemutter!

Disposition.

I. **Begriff des Unterlassungsanspruchs** . . . . . 9—24
a) Der Unterlassungsbegriff 9
b) Der Anspruchsbegriff 11
c) Über den Begriff des subjektiven Rechtes und sein Verhältnis zum Anspruch 13
d) Die begriffliche Fassung der Dauerunterlassung in ihrem Zusammenhang mit dem Unterlassungsanspruch. . . . 23

II. **Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht** . . . . . 25—36
a) Entstehung des Anspruchs aus absolutem Recht . . . 25
b) Die einzelnen durch Unterlassungsanspruch geschützten absoluten Rechte. 31
1. Die durchgängig anerkannten absoluten Rechte . . 32
2. Persönlichkeitsrechte. 33

III. **Unterlassungsanspruch aus relativem Recht** . . . . . 37—41
a) Geltungsbereich des Unterlassungsanspruchs aus relativem Recht. 37
b) Entstehung des Unterlassungsanspruchs aus relativem Recht. 39
c) Die einzelnen Fälle negativer Forderungsrechte in obligatorischen Verhältnissen 40

IV. **Unterlassungsanspruch aus unerlaubten Handlungen**. . . . 42—52
a) Gebiet des Unterlassungsanspruchs aus unerlaubten Handlungen 42
b) Die wissenschaftliche Begründung des Unterlassungsanspruchs aus unerlaubten Handlungen 43
1. Die Theorie des Reichsgerichts 43
2. Ableitung des Unterlassungsanspruchs bei unerlaubten Handlungen aus § 249 BGB. 48

Literatur.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. I. Leipzig 1894. Bd. II. Leipzig 1898. Bd. III. Tübingen 1905.

v. Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, in der Festgabe für Güterbock. 1910. S. 381/400.

Bolze, In Gruchot, Beiträge 46.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1913.

Crome, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.

Delius, Gibt es eine Klage auf Unterlassung, wenn die zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist? J. W. 1913. S. 6 ff.

Dernburg, Bürgerliches Recht. 3. Aufl. 1906.

— In J. W. 1905.

Dernburg-Kohler, Bürgerliches Recht. IV. 1910.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit. 1903.

— Die Unterlassungsklage. 1906.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. u. II. 15./17. Aufl. 1921/22 (6./8. Aufl. 1911).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fuld, Unterlassungsklage und Schadensersatzklage. Im Sächs. Arch. Bd. 12, S. 257 ff.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895 u. 1905.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

— System des Zivilprozeßrechts. 1912.

Henle, Lehrb. des bürg. Rechts I. 1926. Berlin.

Hoche, Der allgemeine Unterlassungsanspruch. Jenaer Diss. 1914.

Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. I. 1903.

Hölder, Über Ansprüche und Einreden. Im Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 93, S. 1 ff.

Jacobsohn, Die Unterlassungsklage. 1912.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen 1919.

Ihering, Geist des römischen Rechtes. 1865. III.

Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. 2. Aufl. 1913.
Langheineken, Urteilsanspruch. 1899.
— Anspruch und Einrede. 1903.
Lehmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht. 1906.
— Grundlinien des deutschen Industrierechts. In der Festschrift für Zitelmann. 1913.
Lesser, Die Unterlassungsklage bei unerlaubten Handlungen. Arch. f. bürg. Recht. Bd. 38, S. 102 ff.
Mannhardt, Der Unterlassungsanspruch bei absoluten Rechten. D. J. Z. 1903. S. 416 f.
Oertmann, Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen. D. J. Z. 1904. S. 1616 ff.
— BGB. Kommentar. 1908/10.
Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905.
Planck, BGB. Kommentar. 1913.
Rosenthal, Die Voraussetzung der Unterlassungsklage. Greifswalder Diss. 1918.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1840.
Schmitt, Unterlassungsklage und Strafverfolgung bei unlauterem Wettbewerb. J. W. 1913. S. 669 ff.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Stammler, Wirtschaft und Recht. 1906.
Staudinger, BGB. Kommentar. 7./8. Aufl. 1912.
Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. 1903.
Stephan, Die Unterlassungsklage. 1908.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Ulrich, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht. Erlanger Diss. 1914.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 92, S. 1 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

I. Begriff des Unterlassungsanspruchs.

a) Der Unterlassungsbegriff.

Die Untersuchung über den Begriff des Unterlassungsanspruchs spaltet sich gemäß der Zusammensetzung des Wortes in eine Erörterung des Unterlassungsbegriffs und eine solche des Anspruchsbegriffs.

Unterlassen ist jedes Verhalten, daß die Nichtvornahme von Handlungen bestimmter Art darstellt. Ist die Unterlassung einer bestimmten Handlung als gesollt bezeichnet, so sind im Grunde alle anderen, nicht vorgestellten Verhaltensarten gesollt, in dem Sinne allerdings, daß der Adressat aus der Fülle des in seiner Gesamtheit Gebotenen frei wählen kann. Nur in bezug auf die zu unterlassende Handlung ist das Unterlassen etwas rein negatives, ein Nichthandeln. — Ein Unterlassen kann bewußte Nichtvornahme einer bestimmten, vorgestellten Handlung sein, vielleicht gar unter Ueberwindung gegenteiliger Impulse. Das wird jedoch nur selten der Fall sein [1]). Jedenfalls ist es verfehlt, das zuweilen vorliegende positive Willensmoment, wie Windscheid [2]), Langheineken [3]), und Jacobsohn es tun, zum Begriffsmerkmal der Unterlassung zu erheben [4]). Gegen diese Auffassung wendet sich neben

---

[1]) Vgl. Lehmann a. a. O., S. 22: Als objektive Macht macht sich das Recht erst im widerstrebenden Verpflichteten geltend. Nur von ihm verlangt ein Befehl, die zur Tat drängenden Impulse zu bekämpfen bezw. nicht zu fördern. Nur von ihm verlangt ein Befehl eine Selbstüberwachung in der Richtung auf den zu vermeidenden Erfolg.

[2]) Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, Bd. 2, § 252, Anm. 1 a.

[3]) Anspruch und Einrede, 1903, S. 247 f.

[4]) Unterlassungsklage, 1912, S. 5.

Oertmann[5]) besonders Stephan[6]), der mit Recht auf die Unterlassungspflichten aus absolutem Recht aufmerksam macht, die wir „in den allermeisten Fällen beobachten, ohne überhaupt eine Ahnung von ihrer Existenz zu haben". Gegen die von Windscheid und Langheineken vertretene Auffassung spricht im übrigen die Erwägung, daß jedes Verbot nicht an dem Wie, sondern an dem Daß seiner Beobachtung interessiert ist. Es bleibt sich für die Befolgung des Gebotes gleich, ob sie das Ergebnis eines bestimmten Willensentschlusses ist oder nicht. Wir fassen demnach die Unterlassung als etwas in dieser Beziehung rein Negatives auf, ohne sie zu einer bestimmten Willensrichtung in Beziehung zu setzen. Die Folge dieser Auffassung des Unterlassungsanspruchs ist, daß er sich lediglich auf das äußere Verhalten des Anspruchsgegners richtet, ohne eine entsprechende Willenstätigkeit des Schuldners zum Inhalt zu haben.

Es mag hier noch kurz das Verhältnis der Unterlassung zur Leistung klargestellt werden. Wie so oft, gehen auch hier natürliches Sprachempfinden und juristisches Denken nicht Hand in Hand. Im § 241 BGB. heißt es: „Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen."

Die elementare Empfindung, daß ein Nichthandeln unmöglich eine Leistung darstellen könne, hat auch in der Wissenschaft dazu geführt, daß einzelne Vertreter sich gegen diese Definition erklärt haben. Stein[7]) lehnt sie prinzipiell ab, Mannhardt[8]) will sie nur für obligatorische Verhältnisse, nicht aber bei absoluten Rechten gelten lassen. Die Einwendungen beider sind jedoch nicht stichhaltig. Geht man nämlich nicht von dem Begriffe des Unterlassens, sondern von dem der Leistung aus, so muß Leistung korrekterweise im

---

[5]) BGB. Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, 1910, 3.—4. Aufl., § 241, 2 a.

[6]) Die Unterlassungsklage, 1908, S. 29 ff.

[7]) Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, 1903, S. 119.

[8]) In D. J. Z. 1903, S. 119.

weiteren Sinne als jenes Verhalten bezeichnet werden, welches das objektive Recht vom Schuldner verlangt. Dann aber fällt auch die Unterlassung unter den Oberbegriff der Leistung. Wir schließen uns den Sätzen Lehmanns[9]) an: „Jedes vom Recht angesonnene Verhalten darf als Gegenstand der Leistungspflicht bezeichnet werden, — und die tatsächliche Beobachtung dieses Verhaltens als Leistung. Auch die durch das absolute Verbot befohlene Unterlassung ist Gegenstand der Leistungspflicht."

b) Der Anspruchsbegriff.

Für den Begriff des Anspruchs ist die Definition maßgebend, die das BGB. in § 194 gibt: „Anspruch ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen." Demnach gibt es nicht nur einen Anspruch auf positive, sondern auch auf negative Leistung. Freilich ist es nun nicht immer möglich, beide Anspruchsarten völlig gleichmäßig zu behandeln. Jedoch ist es klar, daß der Begriff des Unterlassungsanspruchs nur dann Berechtigung hat, wenn er dem Wesen des Anspruchsbegriffs im allgemeinen Sinne nicht widerspricht. Es taucht die Frage auf, ob dem Unterlassungsanspruch etwa irgendein Merkmal fehlt, das notwendig zum Begriffe des Anspruchs gehört. Dies Moment erkennt eine gegnerische Anschauung in der Fälligkeit und Klagbarkeit des Anspruchs. Dabei unterscheiden sich die Meinungen insofern, als die einen aus der Tatsache, daß der Unterlassungsanspruch nicht immer diese Merkmale aufweise, seine Existenz überhaupt bestreiten[10]), die anderen eben jene

---

[9]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 54.

[10]) So vor allem Hölder: Arch. f. ziv. Pr., 93, S. 34 ff. Hölder will den Begriff des Unterlassungsanspruchs durch den Begriff des Rechtes auf Erhaltung eines bestehenden Zustandes und parallel damit den Begriff des Anspruchs auf eine positive Leistung durch denjenigen des Rechtes auf Änderung eines bestehenden Zustandes ersetzen. Damit meint er eine bessere Begriffsbestimmung gefunden zu haben als der zwischen Tun und Unterlassen scheidende § 194 BGB, insofern nämlich praktisch eine reinliche Scheidung dieser beiden Begriffe nicht möglich

Merkmale der Fälligkeit und Klagbarkeit für den Unterlassungsanspruch fordern und danach seine Entstehung bestimmen, d. h. ihn erst dann beginnen lassen, wenn er fällig, bezw. klagbar ist[11]).

Wir gehen davon aus, daß der Unterlassungsanspruch tatsächlich oft die Merkmale der Fälligkeit und Klagbarkeit vermissen läßt. Die Kontroverse gipfelt demnach in der Frage, ob diese Momente unbedingt für den Begriff des Anspruchs wesentlich sind, oder ob man ihn losgelöst von diesen Merkmalen anerkennen kann. Die Frage ist entschieden dahin zu beantworten, daß nicht erst Fälligkeit und Klagbarkeit den vollständigen Begriff des Anspruchs ausmachen. Das positive Gesetz spricht dagegen. In ihm ist die Unterscheidung zwischen fälligen und nicht fälligen Ansprüchen deutlich erkennbar[12]) [13]). Z. B. wäre der Ausdruck „fälliger Anspruch" in § 273 BGB. pleonastisch, wenn nicht auch die Existenz von nicht fälligen Ansprüchen vorausgesetzt wäre.

Mit Recht wird ebenso die Frage, ob die Klagbarkeit unumgängliches Erfordernis des Anspruchsbegriffes sei, von der herrschenden Meinung verneint[14]). Ein Anspruch hat praktisch keine Bedeutung, wenn nicht auch die Möglichkeit besteht, daß er einmal im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. In diesem Sinne muß jeder Anspruch klagbar sein. Daß sofortige Klagbarkeit Merkmal des Asbegriffs ist, kann dagegen nicht zugegeben werden. Aus § 194 BGB.

---

sei. Aber gerade dieser letzte Vorwurf trifft ebenso und in noch stärkerem Maße seine Scheidung. Auf die praktischen Schwierigkeiten weist Lehmann (a. a. O., S. 99) mit einem sehr geschickt gewählten Beispiel hin.

[11]) So z. B. Dernburg: Bürgerl. Recht, 1906, S. 579; und Staudinger: BGB. Komm., 7./8. Aufl. 1912, Anm. 3 a zu § 198.

[12]) Vgl. z. B. §§ 273, 717, 813, 1087, 1228, 1391, 1394, 1658 BGB; 257 ff. ZPO.

[13]) Wie hier besonders Stephan a. a. O., S. 49; Lehmann a. a. O., S. 72.

[14]) Bejahend äußern sich dagegen Hölder (Arch. f. z. Pr., 93, S. 9ff.), Bolze (in Gruch. Beitr., 46, S. 757 ff.), Siber (Rechtszwang, S. 69 ff.).

ist hierfür nichts zu entnehmen. Wenn Anspruch hier als das Recht, „von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen" definiert wird, so hat der Ausdruck Recht nur die Bedeutung von Zuständigkeit, die Rechtsschutzorgane im Falle einer Verletzung anzurufen [15]).

Die Frage, wann und unter welchen Bedingungen die staatlichen Organe zur antragsgemäßen Reaktion verpflichtet sind, m. a. W. die Frage der Klagbarkeit ist hingegen eine rein prozessualische. Sie kennzeichnet die Rechtsschutzvoraussetzungen, nicht die Anspruchsvoraussetzungen. Ein wichtiges Argument gegen die Annahme, daß die Klagbarkeit eine wesentliche Eigenschaft des Anspruchs sei, ist schließlich die Tatsache der Möglichkeit, Ansprüche, die an sich klagbar sind, durch Vertrag ihrer Klagbarkeit auf bestimmte Zeit zu entkleiden, ohne daß damit die Existenz des Anspruchs überhaupt aufgehoben würde.

c) Ueber den Begriff des subjektiven Rechtes und sein Verhältnis zum Anspruch.

Eine Untersuchung über das Wesen des Unterlassungsanspruchs ist ohne Klärung einiger Grundbegriffe unseres Rechtes nicht möglich. Da, wie wir oben sahen, der Begriff des Unterlassungsanspruchs ohne Einschränkung dem Anspruchsbegriff überhaupt untergeordnet werden darf, wird im folgenden nur vom Anspruch im generellen Sinne die Rede sein. Der Unterlassungsanspruch als solcher bedarf in diesem Punkte keiner besonderen Behandlung.

Es ist ohne weiteres deutlich, daß der Anspruch nur in Beziehung zu einem Subjekt gedacht werden kann, dem er zusteht und von dem er eventuell geltend gemacht wird. So verengt sich die Frage nach der Begründung des Anspruchs im Rechtsverhältnis scheinbar von vorne herein zu einer Untersuchung über das Verhältnis vom subjektiven Recht und Anspruch. Jedoch bedarf gerade der überaus strittige

---

[15]) Anders Hölder a. a. O., S. 9.

Begriff des subjektiven Rechtes einer besonderen Betrachtung, deren Resultat wiederum nicht ohne Wirkung auf den damit zusammenhängenden Charakter des Anspruchs ist.

Den Ausgangspunkt für eine Betrachtung des subjektiven Rechtes muß notwendigerweise das objektive Recht bilden. Hierbei könnte man leicht den Eindruck gewinnen, als sei damit ein Ausgangspunkt gewonnen, der gleichsam transcendent und als etwas an und für sich Gegebenes über den Rechtsgenossen und ihren Beziehungen zu einander liege. Jedoch darf man sich nicht darüber täuschen, daß die „Objektivierung" des Rechtes erst eine Tat unseres Verstandes ist, eine Anschauungsform, durch die wir Inhalte unseres geistigen Lebens von ihrer Erscheinung lösen und unserem Ich gegenüberstellen. In Wahrheit existiert das Recht nicht „objektiv" im streng logischen Sinne, sondern nur in der Vorstellungswelt der einzelnen Rechtsgenossen, mit anderen Worten nicht ein supranaturales Recht als eine Fülle von Imperativen und Urteilen bildet den Ausgangspunkt, sondern das Rechtsverhältnis, wie es im Leben der einzelnen Rechtsgenossen vorliegt. Das objektive Recht ist die Gesamtheit der durch Abstraktion von konkreten Rechtsverhältnissen gewonnenen allgemeinen Normen. Inhaltlich betrachtet erscheint es als Ausdruck eines Gemeinschaftswillens, der sein Ziel in der Herbeiführung bezw. in der Erhaltung von sozial wertvollen Zuständen hat. Das anempfohlene Verhalten soll stets der Allgemeinheit zu Gute kommen, sei es in unmittelbarer oder mittelbarer Wirkung. Damit wird von vorne herein jede Ausdeutung des Rechtsverhältnisses fraglich, die diesen Blick auf die Allgemeinheit vermissen läßt. — In welcher Weise man dieses Rechtsverhältnis definiert, ob als ein vom Rechte bestimmtes Lebensverhältnis [16]) oder enger gefaßt als eine „durch das Recht geordnete Beziehungen einer Person zu einer anderen Person" [17]) oder noch völlig anders als „ein Ver-

[16]) So Enneccerus, 15.—17. Aufl., 1921, S. 155.

[17]) Savigny: System des heutigen römischen Rechtes, 1840, Bd. I, S. 333 und ihm nachfolgend Bierling: Kritik der juristischen Grund-

hältnis, welches Rechte erzeugt, Rechte verändert, Rechte vernichtet“ [18]), — kann für unser Ziel hier außer Betracht bleiben. Jedenfalls ist, wie schon das Wort Rechtsverhältnis andeutet, die Grundlage jeder rechtlichen Lebensregelung eine doppelseitige Beziehung, die Beziehung zwischen einem Verpflichteten und einem anderen, dem die Erfüllung der Pflicht irgendwie zu Gute kommt.

Wir fassen hiermit absichtlich den Begriff des Rechtsverhältnisses sehr weit, um damit Stellung zu nehmen gegen eine gegnerische Anschauung, die im Rechtsverhältnis ohne weiteres Rechte und Pflichten als korrespondierend erkennt, d. h. die begünstigende Seite des Rechtsverhältnisses von vorne herein mit dem Begriff des subjektiven Rechtes gleich setzt. Zu dieser Ansicht ist man von zweierlei Gesichtspunkten aus gekommen, von denen aus meist die Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes unternommen wird, einmal in Rücksicht auf die Form des subjektiven Rechtes, im anderen Falle im Hinblick auf seinen Zweck. Vom ersteren Standpunkt aus bezeichnet vor allem die ältere Theorie das subjektive Recht als Macht oder Willensherrschaft [19]), während seit Jhering der teleologische Sinn des subjektiven Rechtes in den Vordergrund tritt, und damit das Wesen des subjektiven Rechtes als „rechtlich geschütztes Interesse“ erscheint [20]). Von hier aus unternimmt vor allem Eltzbacher [21]) eine völlige Gleichsetzung vom subjektiven Recht und „der begünstigenden Seite der Rechtsnorm“. Was die beiden verschiedenen Gesichtspunkte betrifft, unter denen eine Definition des subjektiven Rechtes vollzogen wird, so schließen wir uns der Ansicht von Enneccerus an, der energisch eine kombinierte

---

begriffe, 1877, II, S. 128 ff.; Stammle: Wirtschaft und Recht, 1906 S. 658.

[18]) Kohler: Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888, S. 1.

[19]) So Windscheid: Pandekten I, § 37 u. a. neuerdings Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit I, 1903, S. 117.

[20]) von Ihering: Geist des römischen Rechtes, 1865, III, § 60.

[21]) Handlungsfähigkeit, 1903, S. 61, 110 f.

Würdigung beider Elemente des inhaltlichen, wie des formalen, des Zweckes wie des Wesens bei der Begriffsentwicklung des subjektiven Rechtes vertritt und jede einseitige Betrachtung für unzulänglich hält [22]). Diese Kombination der beiden Momente, die für eine Definition des subjektiven Rechtes hier als bestimmend anerkannt ist, verbietet es, das subjektive Recht lediglich als die begünstigende Seite der Rechtsnorm κατ' ἐξοχήν aufzufassen. Fordert man das Merkmal der vom Rechte verliehenen, dem Subjekte ausdrücklich zugeeigneten Macht für das Vorliegen eines subjektiven Rechtes, so erweist es sich, daß in vielen Rechtsverhältnissen wohl von begünstigter Position des einzelnen, aber nicht von seinem subjektiven Rechte gesprochen werden kann, da ihm seine Position an sich in keiner Weise die Möglichkeit gibt, irgendwie seine Willensherrschaft auszuüben [23]). Geht man andererseits von der Zweckbestimmung des subjektiven Rechtes aus, die nach allgemeiner Ansicht Schutz oder Förderung menschlicher Interessen besagen muß, so ergibt sich auch hier, daß vor allem im Privatrecht die rechtliche Sanktion des Einzelinteresses durchaus verschieden ist, mithin der Titel des subjektiven Rechtes bei weitem nicht gleichmäßig angewandt werden darf. So verlockend es auch erscheinen mag, die Struktur des Rechtsverhältnisses klar und eindeutig in der Doppelseitigkeit von Recht und Pflicht zu zeichnen, so anfechtbar wird diese Konstruktion in ihrer Anwendung auf die Praxis. Das positive Gesetz nimmt deshalb auch einen anderen Standpunkt ein. Für das BGB. läßt sich nachweisen, daß der Gesetzgeber nicht jede durch Rechtsnorm geschaffene günstige Position als subjektives Recht aufgefaßt wissen will [24]).

---

[22]) Enneccerus a. a. O., S. 156.

[23]) Enneccerus a. a. O., S. 157 weist auf das Beispiel des Impfgesetzes hin.

[24]) Auf diese Tatsache wird bei der Behandlung des Unterlassungsanspruchs in den Fällen der unerlaubten Handlung noch näher einzugehen sein.

Auf eine Stellungnahme zu der viel behandelten Frage der logischen Priorität zwischen Pflicht und Recht kann hier verzichtet werden. Sie ist nur dann von grundlegender Bedeutung, wenn man die von uns abgelehnte unbedingte Korrelation beider Begriffe behauptet. Hingegen bedarf es noch der Klarlegung, in welchem Verhältnis der Begriff des Anspruches zu dem des subjektiven Rechtes steht. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Ausweitung bezw. Verengung beider Begriffe einander umgekehrt proportional ist, d. h. daß man den Anspruchsbegriff in seiner Geltung umsomehr beschränken muß, je weitere Anwendbarkeit man dem subjektiven Rechte zugesteht und umgekehrt bei einer Beschränkung des subjektiven Rechtes auf eine bestimmte Position die Möglichkeit hat, den Anspruchsbegriff in weiterem Umfange gelten zu lassen. In dem Obengesagten haben wir den Begriff des subjektiven Rechtes auf jene Stellung des Begünstigten zu beschränken versucht, in der sowohl eigene „Macht", wie ausdrücklicher Interessenschutz vorliegt. Damit sind wir in der Lage, den Anspruchsbegriff in engste Beziehung zu dem des subjektiven Rechtes zu setzen. Definieren wir nämlich mit Lehmann[25]): „Recht einer Person ist die durch Verpflichtung eines anderen geschaffene günstige Position nur, insofern der Begünstigte selbst die Leistung verlangen, d. h. den Leistungsbefehl im Sinne eines Rechtes geltend machen kann", so entspringt die Annäherung an jene Definition, die das BGB. in § 194 für den Anspruch gibt, klar in die Augen. Wenn es auch eine allzu scharfe Fassung dieser Annäherung sein mag, nur den Anspruch im wahrsten Sinne als subjektives Recht zu bezeichnen, mithin beide Begriffe vollständig zu identifizieren, so ergibt es sich jedenfalls als möglich, den Anspruchsbegriff dem des subjektiven Rechtes in engster Beziehung unterzuordnen. In dem ursprünglichen Sinne des Ausdrucks „ansprechen" liegt eine deutliche Beziehung zu irgend einer angesprochenen oder

[25]) a. a. O., S. 70.

anzusprechenden Gegenseite, während dem subjektiven Rechte an sich mehr der Charakter einer in sich ruhenden Macht eignet. Es mag daher nicht ungerechtfertigt erscheinen, den Anspruch mit dem subjektiven Rechte zugleich gegeben zu sehen und ihn als die Zuständigkeit zur Forderung einer Leistung zu bezeichnen. Subjektives Recht und Anspruch verhalten sich wie Macht und Richtung gebender Wille.

Das trifft auch bei den absoluten Rechten, etwa beim Eigentum zu. Die Ansprüche aus §§ 985 und 1004 BGB. setzen allerdings bestimmt geartete Verletzungen des Eigentums voraus, scheinen also zeitlich unabhängig von dem ihnen zu Grunde liegenden subjektiven Recht zu entstehen. In Wahrheit sind sie aber nichts weiter als vom Gesetzgeber ausdrücklich behandelte und z. T. abweichend normierte Sonderfälle des sich gegen „jedermann" richtenden Anspruchs, das Eigentum nicht zu stören. Dieser Anspruch verwandelt sich, wenn eine Beeinträchtigung, wie sie z. B. § 985 voraussetzt, also eine Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes vorliegt, in ein Recht auf Herausgabe, auf Herbeiführung eines Zustandes, der keine Beeinträchtigung darstellt. Der wesentliche Inhalt des Anspruchs bleibt derselbe: Gesollt ist ein Nichtstören, Nichtbeeinträchtigen. Im Fall des noch nicht verletzten Rechtes geht der Anspruch auf ein „Unterlassen", im Fall einer vorhandenen Beeinträchtigung der geänderten Sachlage entsprechend, auf ein „Tun". Der Unterschied zwischen Tun und Unterlassen ist, wie schon hervorgehoben, ein relativer. Für die juristische Betrachtung sind beide Formen der Verwirklichung des gesollten Verhaltens der Nichtstörung, also im einen Fall die Nichteinwirkung auf die Sache, im anderen die Rückgabe, völlig gleichwertig. Ganz ebenso liegen die Dinge bezüglich des Anspruchs aus § 1004, Abs. 1, S. 1.

Nun ist allerdings der im Vorstehenden vorausgesetzte Charakter der Verpflichtung, das Eigentum nicht zu stören, als eines „Anspruchs gegen jedermann", der mit dem subjektiven Recht zugleich entsteht, sehr umstritten. Die Stel-

lungnahme zu dieser Frage ist deshalb bedeutsam, weil von ihr in starkem Maße die Ansicht über die Entstehung des Unterlassungsanspruchs abhängt.

Der Anspruch gegen jedermann ist berühmt geworden in seiner Vertretung durch Windscheid [26]). Die Formulierung entspringt bei ihm prinzipiellen Erwägungen über den Charakter des absoluten Rechtes. Dieses erstreckt sich nach seiner Meinung ebenso wie das relative Recht nicht in erster Linie auf Gegenstände, sondern auf Personen [27]). Sein Ziel ist die Unterwerfung menschlichen Willens. Der Unterschied gegenüber dem relativen Recht liegt darin, daß dieses seine Richtung auf bestimmte Personen hat, während das absolute Recht gegen alle wirkt. Als Verpflichteter erscheint jedermann; denn jederman wird von dem Verbot betroffen, in das Recht des Berechtigten einzugreifen. Die subjektive Konsequenz dieses objektiven Tatbestandes ist die, daß jeder Berechtigte gegen alle einen Anspruch hat. Er kann von jedermann verlangen, ihm sein Recht nicht streitig zu machen, ihm die Ausübung des Rechtes nicht zu erschweren oder sie gar zu verhindern [28]). Jedenfalls ergibt sich nach dieser Auffassung aus dem absoluten Recht eine der Fülle der einzelnen Rechte korrespondierende Vielheit von negativen Ansprüchen des Berechtigten.

Diese Theorie hat viel Widerspruch erfahren [29]). Die

---

[26]) Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, I, S. 184.

[27]) So auch Henle a. a. O., S. 23, der aber zu andern Ergebnissen kommt.

[28]) Es mag schon hier erwähnt werden, daß mit dieser Begriffsbestimmung des absoluten Rechtes ein Unterlassungsanspruch schon von vornherein vorhanden ist, da das adsoiute Recht ja auch von vornherein besteht und jedermann von vornherein der Rechtsgewalt unterworfen ist.

[29]) Vgl. Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S. 156; Enneccerus: Lehrb. d. bürgerl. Rechtes, 15./17. Aufl. 1921, I, S. 567; Henle a. a. O., S. 23; erschöpfende Literaturangabe bei Lehmann: Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 107.

herrschende Meinung befindet sich heute im Gegensatz zu ihr. Der Widerspruch gründet sich einerseits auf die Ausdrucksweise des BGB., andererseits auf die Schwierigkeiten, die sich bei dem Versuche, jenen Begriff praktisch anzuwenden, ergeben. Was das Erste betrifft, so pflegt dafür § 194 BGB. herangezogen zu werden. Hier ist der Anspruch charakterisiert als Recht, „von einem anderen" etwas zu verlangen. Dabei werden die Worte „von einem anderen" in gleicher Weise von den Anhängern, wie von den Gegnern der Windscheidschen Auffassung als Argument verwandt, indem aus ihnen auf der einen Seite eine Bestimmtheit der Person, auf der anderen Seite eine allgemeine Unbestimmtheit des Anspruchsgegners herausgelesen wird. Die Gegner der Windscheidschen Auffassung betonen, daß jeder Anspruch einen bestimmten Anspruchsgegner voraussetze. Dabei sei es aber unmöglich, jeden Weltbürger ohne weiteres als Anspruchsgegner aufzufassen. Wohl sichere mir das absolute Recht die Möglichkeit, dieses Recht gegenüber Eingriffen von beliebiger Seite zu wahren. Darum sei aber noch lange nicht jeder Mensch gleichsam mein Feind, gegen den ich mich zu wehren habe. Die Voraussetzung eines Anspruchs sei das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen einem Anspruchsberechtigten und Anspruchsgegner. Dieses Rechtsverhältnis sei aber nicht schon damit gegeben, daß das absolute Recht ein Störungsverbot enthalte. Eine derartige ganz allgemein auferlegte Verpflichtung schaffe noch kein Rechtsverhältnis unter Personen, die vielleicht praktisch nie in die Lage kommen werden, daß ihre Rechtskreise sich schneiden. Diese Gedankengänge klingen einleuchtend. Sie haben die Tatsache für sich, daß die praktische Bedeutung des Anspruchs eben tatsächlich erst mit dem Hervortreten eines bestimmten Anspruchsgegners beginnt. Dem entspricht es auch, wenn Kipp [30]) diesem Anspruchsbegriff alle die Eigenschaften ab-

[30]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906, 9. Aufl., I, S. 184, Anm. 3.

spricht, die sonst jedem Anspruch eigentümlich sind: er sei nicht pfändbar, nicht abtretbar, nicht klagbar.

Soviel Wahres auch in diesen Behauptungen liegt, so werden sie doch nur der einen Seite des absoluten Anspruchs gerecht. Sie übersehen vollkommen, daß der Anspruch latent bereits vorhanden ist, ehe von einem bestimmten Anspruchsgegner die Rede sein kann. Und wenn auch praktisch ein Anspruch erst in dem Falle Bedeutung gewinnt, wo ein bestimmter Gegner vorhanden ist, so darf doch die theoretische Erörterung nicht erst mit der Aktualität des Falles beginnen [31]). Vielmehr muß die Begriffsbestimmung des Anspruchsgegners so weit gefaßt werden, daß die ganze Fülle der Möglichkeiten aus ihr zu entnehmen ist.

Die begriffliche Schwierigkeit in der Bestimmung der Personen, auf die sich der Unterlassungsanspruch richtet, liegt in der Sache. Während beim relativen Rechte diese Personen von vornherein bekannt, d. h. ihrer Zahl und ihrem Wesen nach bestimmbar sind, müssen sie sich in den Fällen, wo der Unterlassungsanspruch aus absolutem Rechte praktische Bedeutung gewinnt, erst jeweilig ergeben. Damit enthüllt sich m. E. die Frage, ob in dem Ausdruck des § 194 BGB. „von einem anderen" ein Anspruch „gegen jedermann" zu verstehen oder ob jener Ausdruck als Kennzeichnung eines bestimmten Anspruchsgegners festzuhalten sei, als reiner Wortstreit. Denn im Grunde wollen beide Bezeichnungen nur die vorläufige Unbestimmbarkeit der Person, gegen die sich der Unterlassungsanspruch richtet, kennzeichnen. Für jedermann auf dem weiten Erdenrund besteht die Möglichkeit, daß ich ihm gegenüber einen Unterlassungsanspruch geltend mache: Auch ein beliebiger Australier kann unter

[31]) Dagegen: Jellinek, System des subj. Öff. Rechtes, II. Aufl., Tübingen 1909, S. 55: Der Anspruch ist gegenüber dem abstrakt-potenziellen Rechte stets konkret-aktuell. Ergeht auch das Verbot, mein Eigentum zu stören, an alle, so erwächst mir ein Anspruch auf Unterlassung oder Wiederaufhebung der Störung doch nur gegen den, der bereits irgendwie mit der Störung begonnen hat.

Umständen die Person sein, mit der ich in dieser Hinsicht in Berührung trete. Es ist deshalb garnicht nötig, den Kreis derer, für die die Rechtsgewalt Geltung hat, von vornherein auf die Angehörigen des gleichen Kontinents oder noch enger des gleichen Staates zu begrenzen[37]). Soviel muß doch zugegeben werden, daß die Möglichkeit einer solchen rechtlichen Berührung für jeden Menschen besteht, mag er nun aus Berlin oder aus Peking stammen. In dieser Bedeutung einer vorläufigen Unbestimmbarkeit sind die Ausdrücke „ein anderer" und „jedermann" identisch.

Aus all diesem ergibt sich die Möglichkeit eines Unterlassungsanspruchs gegen jedermann. Damit ist aber auch zugleich gesagt, daß ein Unterlassungsanspruch nicht gegen die Gesamtheit besteht, sondern gegen irgendjemand aus der Gesamtheit akut werden kann. Die Unbestimmbarkeit der Personen macht jeweils dem konkreten Anspruchsgegner Platz. Anspruchsgegner werden kann jedermann, aber Anspruchsgegner wird immer nur eine bestimmte Person. Dementsprechend redet Lehmann[33]) von der „Stellung des Begünstigten zum einzelnen Rechtsgenossen". Das Ganze ist eine Binsenwahrheit. „Ein einziger Anspruch gegen jedermann ist ein Unding." Wer dagegen vorgeht, ist im Recht, aber er ficht gegen Windmühlen[34]). Die Unbestimmbarkeit des Anspruchsgegners ist nur theoretisch, nicht praktisch vorhanden. Für die Praxis handelt es sich nur darum, gegen wen der Anspruchsbegriff seine Anwendung finden kann; und diese Anwendung wird nun möglich gegenüber bestimmten Personen. Immerhin läßt sich auch theoretisch eine nähere Begriffsbestimmung des Anspruchsgegners finden. Mit Gierke[35])

---

[32]) Lehmann: Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 100. „Damit verengt sich der Kreis der Anspruchsgegner von vornherein auf diejenigen, welche der Personal- oder Territorialhoheit des betreffenden Staates unterworfen sind."

[33]) a. a. O., S. 108.

[34]) Lehmann a. a. O., S. 108.

[35]) Deutsches Privatrecht, I, 1895, S. 248.

und Lehmann[36]) schränken wir den Allgemeinbegriff „jedermann" ein auf jedes Rechtssubjekt, das in die Machtsphäre des Berechtigten gerät. Dieser Begriff ist mit der Ausdrucksweise des BGB. durchaus vereinbar. Dem § 194, der nach möglicher Auslegung eine besondere Bestimmtheit des Anspruchsgegners verlangt, wird insofern genügt, als sich aus der Fülle der möglichen Anspruchsgegner im Einzelfalle eine genau bestimmbare Person heraushebt.

Von untergeordneter Bedeutung ist es, ob der von Windscheid geprägte Ausdruck „gegen jedermann" künftig festzuhalten ist. Von gegnerischer Seite wird darauf hingewiesen, daß er in seiner Fassung durch Lehmann bereits eine Veränderung gegenüber dem ursprünglichen Sinne bei Windscheid erfahren habe. Dies ist jedoch kein Argument dagegen, daß der alte Ausdruck im Lehmannschen Sinne brauchbar sei. Er charakterisiert treffend die Tatsache, daß die Konsequenz des absoluten Rechtes auch der absolute (im Sinne von: gegen alle gegebenenfalls anwendbar) Anspruch ist. „Der Anspruch gegen jedermann ist ein abgekürzter Ausdruck für die im absoluten Recht steckende Summe von Einzelansprüchen gegen die einzelnen Rechtsgenossen."

d) Die begriffliche Fassung der Dauerunterlassung in ihrem Zusammenhange mit dem Unterlassungsanspruch.

Einer kurzen Erörterung bedarf zuletzt noch der Begriff der Dauerunterlassung. In den meisten Fällen, wo ein Unterlassungsanspruch besteht, wird er auf dauerndes Unterlassen des Anspruchsgegners sich richten. Anspruch auf Einzelunterlassung kommt eigentlich nur bei obligatorischen Verhältnissen, bei bestimmter vertraglicher Fixierung in Frage. Der streitige Punkt beim Begriff der Dauerunterlassung ist der, ob diese als einheitliches Ganze oder als Verbindung von einzelnen Leistungen in steter zeitlicher Folge aufzufassen sei. Eine extreme Beantwortung dieser Frage ist nach beiden

[36]) Lehmann a. a. O., S. 110: „Verpflichtet ist nur derjenige, welcher in den dem Berechtigten abgegrenzten Machtbereich gerät."

Seiten hin vom begrifflichen Standpunkte aus angreifbar und praktisch unzureichend für die Verschiedenartigkeit der Fälle. Hier ist daher Lehmanns [37]) doppelseitige Auffassung am Platze, die jeweils nach dem konkreten Bedürfnis entscheidet [38]). Je nachdem das durch die Unterlassung zu befriedigende Bedürfnis ein einmaliges und vorübergehendes oder ein bleibendes ist, wird man die Dauerunterlassung als einheitliche auffassen müssen oder auf die Selbständigkeit der einzelnen aufeinanderfolgenden Unterlassungsleistungen, die wiederum zusammen erst eine Einheit ergeben, Gewicht zu legen haben.

[37]) Lehmann: Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 16.

[38]) Vgl. auch Stephan: Die Unterlassungsklage, 1908, S. 64.

II. Unterlassungsanspruch aus absolutem Recht.

a) Entstehung des Anspruchs aus absolutem Recht.

Entsprechend der oben behandelten verschiedenartigen Stellungnahme zu der Bestimmung des Anspruchsgegners gestalten sich auch die Ansichten über die Entstehung des Anspruchs verschieden. Es lassen sich drei Auffassungen unterscheiden: Entstehung des Anspruchs nach einer Verletzung des Rechtes, Entstehung bei Gefährdung des Rechtes ohne vorhergehende Verletzung und Entstehen des Anspruchs mit dem Rechte selber.

Die herrschende Ansicht[1]), die, wie oben dargestellt, einen bestimmten Anspruchsgegner verlangt, erkennt die Entstehung des Unterlassungsanspruchs erst nach einer Verletzung des absoluten Rechtes an. Ihr gegenüber muß betont werden, daß die Verletzung an sich noch keinen Unterlassungsanspruch begründet. Eine bereits erfolgte Verletzung des Rechtes kann wohl einen Beseitigungsanspruch, nicht aber an und für sich schon einen Unterlassungsanspruch zur Folge haben. Um diesen handelt es sich nur, wenn eine Verletzung droht. Denn gerade die Unterlassung dieser erwarteten Verletzung wird von dem Anspruchsberechtigten gefordert. In den meisten Fällen wird freilich mit einer Erstverletzung zugleich die Besorgnis gegeben sein für ihre künftige Wiederholung. Immerhin ist der Fall auch denkbar, daß durch die erste Verletzung eine künftige bereits unmöglich geworden ist. Dann aber kann kein Unterlassungsanspruch, sondern nur ein Anspruch auf Schadenersatz oder Beseitigung

[1]) Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 6./8. Aufl. 1911, § 213; Dernburg: Das bürgerl. Recht, 1906, S. 579.

geltend gemacht werden. Im Charakter des Unterlassungsanspruchs liegt eben etwas durchaus Zukünftiges. Weder eine Verletzung der Gegenwart noch eine der Vergangenheit kann sein Gegenstand sein. Eine Verletzung ist daher nur dann Anlaß zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, wenn sie die Befürchtung weiterer Verletzung nahelegt. Infolgedessen wird von den meisten die Ansicht über die Entstehung des Anspruchs weiter gefaßt als Entstehung durch eine Verletzung bei Befürchtung weiterer Verletzung [2]).

Die Tatsache, daß ein Unterlassungsanspruch besteht, wenn eine Rechtsverletzung zu befürchten ist, hat dazu geführt, daß einige von der Forderung einer bereits erfolgten Verletzung Abstand genommen haben und bereits eine Gefährdung des absoluten Rechtes ohne vorhergehende Verletzung als Entstehungsgrund des Unterlassungsanspruchs erklären. Wie oben dargestellt, ist es ja auch nicht die Verletzung an sich, die den Unterlassungsanspruch entstehen läßt, sondern die damit verbundene Gefahr erneuter Verletzung. Dabei bietet die bereits erfolgte Verletzung eben nur die feste Grundlage für derartige Befürchtungen. Man will mit jener Klausel, daß eine Verletzung bereits geschehen sein müsse (§ 1004 BGB.), nur verhindern, daß vielleicht grundlose, jedenfalls aber immer gleichsam in der Luft schwebende Befürchtungen zum Ausgangspunkt eines Unterlassungsanspruchs gemacht werden. Zweifellos entspricht es aber den praktischen Bedürfnissen mehr, wenn man nicht erst die vollendete Tatsache, sondern bereits die Wahrscheinlichkeit einer Störung den Unterlassungsanspruch begründen läßt [3]). Ob die Zuwiderhandlung in der Absicht des Gegners

---

[2]) So z. B. Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905, S. 13.

[3]) Vgl. Lesser (Unterlassungsklage bei unerlaubter Handlung in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 38, 1913, S. 103): „Praktisch bedenklich ist die Folge jenes Gedankenganges, daß die Unterlassungsklage dann nicht gegeben sein soll, wenn das unerlaubte Verhalten zwar zu besorgen, aber nicht verwirklicht ist . . . . . Häufig wird auch eine ernst-

liegt oder ob sie aus der Lage der Dinge ohne seine Absicht zu erwarten ist, bleibt dafür gleichgültig. Jedenfalls besteht die Gefahr einer Verletzung des absoluten Rechtes, und der Unterlassungsanspruch ist darauf gerichtet, diese bevorstehende Störung zu unterbinden.

Diese Anschauung wird auch oft von denen vertreten, die den Windscheidschen Begriff des Anspruchs gegen jedermann ablehnen, d. h. einen bestimmten Anspruchsgegner verlangen [4]). Denn sowie die Gefahr einer Verletzung entsteht, ist auch fast immer eine bestimmte Person vorhanden, von der jene Verletzung zu befürchten steht. So ist diese Ansicht über die Entstehung durchaus vereinbar mit der Forderung eines bestimmten Anspruchsgegners. — Von den Anhängern der Windscheidschen Auffassung sei hier noch Cosack genannt [5]), der folgende Formulierung findet: „Die in meinem Eigentume steckende Vertrauensmacht wirkt gegenüber jedermann; ich kann mich darauf verlassen, daß ich, sobald irgendjemand mein Eigentum stört oder zu stören droht, einen Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Störung gegen ihn erwerbe."

Die beiden bisher vorgebrachten Auffassungen sind, wie ohne weiteres erkenntlich ist, auf die praktische Anwendung des Unterlassungsanspruchs gerichtet. In diesem Sinne können wir vor allem der letzteren beistimmen, die die praktische Bedeutung des Unterlassungsanspruchs bereits mit der Gefährdung anheben läßt. Es ist aber die Frage, ob die Anwendung des Anspruchs, m. a. W. seine Klagbarkeit, mit dem

---

liche Drohung allein bereits . . . . . die Rechtssicherheit verletzen und die Unterlassungsklage notwendig erscheinen lassen." Diese für den Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung vertretene Ansicht läßt sich mit Recht auf jeden Unterlassungsanspruch anwenden, wenn die Gefährdung eines Rechtes außer Frage steht, d. h. wenn nicht erst festgestellt zu werden braucht, ob tatsächlich ein subjektives Recht vorliegt.

[4]) So z. B. Dernburg-Kohler, 1910, Bürgerl. Recht VI, S. 280.

[5]) Cosack: Bürgerl. Recht III, 1913, S. 58.

Anspruch selbst gleichzusetzen ist. Bei der früher vorgebrachten Behandlung der Windscheidschen Formel des Anspruchs gegen jedermann ist bereits dargelegt, daß der aus dem absoluten Recht resultierende Anspruch theoretisch mit diesem Recht selber gegeben ist. Wir müssen daher bei der Frage der Entstehung des Anspruchs noch über den Zeitpunkt einer Verletzung oder auch nur einer Gefährdung hinaus bis zum Zeitpunkt der Entstehung des absoluten Rechtes zurückgreifen. Klagbarkeit und Anspruch selbst dürfen nicht identifiziert werden. Vielmehr entsteht der Anspruch mit dem absoluten Recht zugleich. Er wird eben solange erfüllt, wie kein bestimmter Anspruchsgegner vorhanden ist oder der Anspruchsgegner seiner Unterlassungspflicht genügt. Die Klagbarkeit eines Anspruchs mag immerhin erst im Falle einer Verletzung oder Gefährdung des Rechtes entstehen; das besagt aber nicht, daß auch der Anspruch erst in diesem Augenblick entsteht, sondern eher gerade, daß er bereits vorher vorhanden war. Der gegnerischen Auffassung, welche einen Anspruch erst dann anerkennt, wenn er zur rechtlichen Anwendung gelangt, liegt m. E. ein falscher Begriff des Anspruchs zugrunde. Es ist in den allgemeinen Erörterungen über den Charakter des Anspruchs bereits dargestellt, daß Fälligkeit und Klagbarkeit nicht notwendig zu seinem Wesen gehören (vgl. o. I b). Lehmann [6]) formuliert zutreffend: „Die Erteilung des Anspruchs gewährt nicht das Recht, von jedem verlangen zu dürfen, und auch nicht das Recht, sofort in der Gegenwart verlangen oder klagen zu können, sondern sie statuiert nur die Zuständigkeit zum Ansprechen und Klagen dem von einem Störungsverbot Betroffenen gegenüber.“ — Diese Zuständigkeit aber ist von vorneherein mit dem absoluten Rechte des Individuums gegeben.

Es ist noch die Frage zu behandeln, welche von diesen Auffassungen am besten mit dem BGB. in Einklang zu bringen ist. Wir beschränken uns hier auf die Erörterung

[6]) Lehmann a. a. O., S. 110.

der für diese Frage wichtigsten und prägnantesten §§ 1004 und 198 BGB. § 1004 besagt: „Wird das Eigentum . . . beeinträchtigt, so kann der Eigentümer die Beseitigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassen klagen.“ Auf den ersten Blick scheint der Fassung dieses Paragraphen am besten die zuerst behandelte Ansicht zu entsprechen. So leitet Pagenstecher[7]) gerade aus diesem Paragraphen die Behauptung her, daß der Eigentümer erst mit der Verletzung und Gefährdung seines Rechtes einen Unterlassungsanspruch erwerbe. Ihm gegenüber betont Lehmann[8]) mit Recht, was vor allem aus dem 2. Satz „so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen“ hervorgeht, daß nämlich der Wortlaut über das Entstehen überhaupt nichts aussagt. Es ist nur die Rede davon, wann ein Anspruch auf Unterlassung klagbar ist, nicht aber unter welchen Voraussetzungen er entsteht. „Anspruch und Klagerecht sind durchaus verschiedene Dinge.“ Infolgedessen lassen sich mit der Fassung des § 1004 sämtliche drei Anschauungen über die Entstehung des Unterlassungsanspruchs vereinen.

Nähere Anhaltspunkte gibt der § 198. Satz 1 des § 198 läßt die Verjährung eines Anspruchs im allgemeinen Sinne mit dessen Entstehung beginnen. Satz 2 gibt eine Sonderbestimmung für den Unterlassungsanspruch mit den Worten: „Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung.“ Die Frage des Verhältnisses der beiden Sätze zu einander ist sehr umstritten. Die einen[9]) wollen in Satz 2 lediglich eine Konsequenz von Satz 1 erkennen. Ein Unterlassungsanspruch entstehe eben erst mit der Zuwiderhandlung und Satz 2 sei nichts als eine Näherbestimmung von Satz 1 für den besonderen Fall, des Anspruchs auf Unterlassung. — Diese

[7]) Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905, S. 13 f.

[8]) a. a. O., S. 115.

[9]) Z. B. Staudinger: BGB. Kommentar, 7./8. Aufl. 1912, Anm. 3 e zu § 198.

Anschauung hat wenig für sich. Nach ihr wäre Satz 2 im Grunde genommen überflüssig; und man kann nicht gerade sagen, daß das BGB. gewohnt sei, überflüssige Sätze aufzustellen. Es wird deshalb von der Auffassung auszugehen sein, daß Satz 2 einen Gegensatz zu Satz 1 bedeute. Hierbei ergeben sich zwei weitere Auslegungsmöglichkeiten. Die einen [10]) beziehen den Satz 2 lediglich auf die obligatorische Ansprüche, während sie die Ansprüche aus absolutem Recht in Satz 1 berücksichtigt stehen. „Der Satz 2 des § 198 BGB. enthält eine vom Satz 1 abweichende Regelung lediglich für die relativen Unterlassungsansprüche, so daß für die absoluten die Regel des 1. Satzes gilt" [11]). Nur für die Ansprüche aus relativem Recht habe die Gegenüberstellung Bedeutung, da diese schon beständen, bevor eine Zuwiderhandlung erfolge. Hingegen müßten die Ansprüche aus absoluten Rechten dem Satz 1 unterstellt sein, da bei ihnen Zuwiderhandlung und Entstehung zusammenfielen. — Jedoch ist dazu zu bemerken, daß der § 198 weder für sich genommen noch in seinem Zusammenhange (er steht im allgemeinen Teil des BGB.!) ein Recht zu dieser Unterscheidung der beiden Arten von Ansprüchen gibt.

Am einleuchtendsten erscheint die dritte Ausdeutung des fraglichen Paragraphen. Sie wird vor allem von Hellwig [12]) vertreten. Nach seiner Meinung, der wir uns anschließen, geht aus der Gegenüberstellung der beiden Sätze klar hervor, daß der Unterlassungsanspruch, dessen Verjährung nicht wie die der positiven Ansprüche bereits mit der Entstehung, sondern erst mit der Zuwiderhandlung beginne, schon vor dieser Zuwiderhandlung vorhanden gewesen sein muß. Eines kann aber freilich aus dem Paragraphen nicht zwingend gefolgert werden: daß nämlich der Anspruch bereits mit dem absoluten Rechte entstanden sein müsse. Er kann ebenso gut mit der

---

[10]) Planck: BGB. Kommentar, 1913, Anm. 2 zu § 198; Stephan: Die Unterlassungsklage, 1908, S. 100.

[11]) Stephan a. a. O., S. 100.

[12]) Anspruch und Klagerecht, 1900, S. 6, Anm. 26.

Gefährdung des Rechtes entstanden sein. Denn auch der Zeitpunkt dieser Gefährdung liegt vor der Zuwiderhandlung. Es muß demnach zugegeben werden, daß sich § 198 als durchschlagender Beweis für die oben von uns vertretene Auffassung über die Entstehung des Unterlassungsanspruchs nicht verwenden läßt. Immerhin kann er ihr als Stütze dienen. Geht aus dem Paragraphen auch nicht hervor, daß der Unterlassungsanspruch mit dem absoluten Rechte selber entstanden sein muß, so doch zum mindesten, daß er damit entstanden sein kann. Demnach steht unsere Ansicht betreffs der Frage nach dem Verhältnis zu der Ausdrucksweise des BGB. in guter, wenn nicht sogar bester Position.

b) Die einzelnen durch Unterlassungsanspruch geschützten absoluten Rechte.

Von eminent praktischer Bedeutung ist die nunmehr zu behandelnde Frage, welche absoluten Rechte einen Unterlassungsanspruch begründen. Es handelt sich hier nicht mehr um die Frage, ob überhaupt die absoluten Rechte einen Anspruch erzeugen können. Mit unserer oben dargelegten Ansicht, welche absolutes Recht und Anspruch gleichzeitig entstehen läßt, ist diese Frage bereits erledigt. Der Unterlassungsanspruch bedeutet danach nichts anderes als die negative Kehrseite des positiven subjektiven Rechtes. Die Kernfrage der Praxis ist denn auch die Frage nach den absoluten Rechten, bei denen die Rechtsordnung Unterlassungsansprüche anerkennt. — Bei der Aufzählung dieser Rechte wird es sich vor allem um die Frage handeln, inwieweit neben den vom Gesetz ausdrücklich anerkannten absoluten Rechten aus ihm noch andere herzuleiten sind. Das strittige Gebiet ist vor allem das der sogenannten Persönlichkeitsrechte. Auf sie wird näher einzugehen sein, nachdem vorher die durchgängig anerkannten absoluten Rechte behandelt sind.

1. Die durchgängig anerkannten absoluten Rechte.

Treffend erscheint die Einteilung von Langheineken[13]):

1. Rechte an Personen (z. B. Elternrecht);
2. Rechte an Sachen (sog. dingliche Rechte);
3. Rechte an immateriellen Gütern (z. B. Urheberrecht, Namensrecht);
4. Recht an Sach- und Güterinbegriffen (z. B. Erbrecht)[14]).

Ob man, wie Langheineken will, auch die umstrittenen Persönlichkeitsrechte unter Nr. 3 rechnen kann, muß hier vorläufig dahingestellt bleiben. Hier mag nur bemerkt werden, daß es nicht angängig ist, den Begriff eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes dem Recht an immateriellen Gütern überzuordnen. Dann wären die Sonderbestimmungen des BGB. für den Schutz der einzelnen immateriellen Rechtsgüter überflüssig. Auch Lehmann, der ein allgemeines Recht der Persönlichkeit annimmt, schreibt[15]): „Ebenso ist es selbstverständlich, daß die Anerkennung eines allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit allein noch keine genügende Grundlage dafür bietet, besondere aus ihm herausgewachsene Individualrechte an äußeren und körperlichen Gütern (so z. B. dem eigenen Bild usw.) anzunehmen. Das darf nur geschehen, wenn die Normen des positiven Rechtes dazu einen Anhaltspunkt geben." — Wenden wir uns kurz einer Näherbestimmung der einzelnen absoluten Rechte zu, so läßt sich etwa folgendes sagen. Unter Nr. 2, die sog. dinglichen Rechte, gehören vor allem Eigentum und das Besitzrecht[16]). Zwischen beiden besteht betreffs der Unterlassungsklage insofern ein

---

[13]) Anspruch und Einrede, 1903, S. 11/13.

[14]) Vgl. Enneccerus, 15./17. Aufl. 1921, I, S. 184.

[15]) a. a. O., S. 129.

[16]) Die herrschende Meinung jedenfalls nimmt heute ein solches Besitzrecht an. Umstritten ist freilich die Frage, ob es unter die absoluten oder die relativen Rechte zu zählen ist. So rechnet es z. B. Enneccerus (15./17. Aufl. 1921 I S. 181) nicht unter die dinglichen Rechte.

Unterschied, als für das Eigentum nach § 1004 eine Beeinträchtigung, d. h. ein den Gegenstand des Eigentums verändernder Eingriff, als Grund der Unterlassungsklage gefordert wird, während für den Besitz nach § 862 eine „Störung", d. h. eine Einwirkung, die ein ruhiges, ungestörtes Besitzen unmöglich macht, als Anlaß genügt [17]). Demnach würde etwa eine turbatio verbis nicht den Eigentümer, wohl aber den Besitzer zur Unterlassungsklage berechtigen. Diese Frage ist allerdings äußerst umstritten.

Unter den immateriellen Gütern haben nur das Namensrecht und das Firmenrecht einen ausdrücklichen Schutz durch Unterlassungsklage in der bestehenden Rechtsordnung (§ 12 BGB. und § 37 HGB.) gefunden. Die Praxis hat jedoch gezeigt, daß die übrigen Rechte, vor allem die Urheber- und Erfinderrechte fast noch mehr eines derartigen Schutzes bedürfen. Infolgedessen hat gerade hier zuerst auch die Theorie, meist der Praxis folgend, einen Unterlassungsanspruch zuerkannt. Es ist dabei auch nicht immer streng an den Voraussetzungen des § 1004 festgehalten worden. Sondern man hat das Klagerecht zuweilen schon bei erstmaliger Gefährdung gewährt [18]).

2. Persönlichkeitsrechte.

Das kompliziertesẗe und umstrittenste Gebiet ist das der sog. Persönlichkeitsrechte. Dabei ist zwischen der Aufstellung einzelner Persönlichkeitsrechẗe und der eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zu unterscheiden.

Die ersteren gewährleisten nach Crome [19]) eine „Herrschaft an der eigenen Person" oder nach der Formulierung Gierkes [20]) eine Herrschaft „über einen Bestandteil der eigenen

[17]) Diese letztere würde etwa schon vorliegen, wenn gegen den Besitz so starke Drohungen ausgesprochen werden, daß der Besitz in seinem ideellen Werte beeinträchtigt wird.

[18]) So z. B. R. G. in J. W., 1895, S. 485; 1899, S. 238; 1900, S. 301; 1903, S. 243.

[19]) Lehrbuch d. bürg. Rechte, 1900, I, S. 167.

[20]) Deutsches Privatrecht, 1905, I, S. 702.

Persönlichkeitssphäre". Unter das Gebiet dieser Persönlichkeitsrechte werden sowohl die Rechte an Gütern, die mit der Person in engstem Zusammenhange stehen (wie Leben, Freiheit, Gesundheit, Ehre, Kredit, Fortkommen, freie Betätigung der leiblichen und geistigen Kräfte) wie auch die oben bereits behandelten Rechte an immateriellen Gütern (Namen-, Zeichen-, Urheberrechte) gestellt. Jedoch muß hier scharf unterschieden werden zwischen Rechten und Rechtsgütern. Selbstverständlich können Leben, Freiheit, Gesundheit usw. selbst nicht Rechte darstellen. „Es ist klar, daß man bei einigermaßen korrekter Ausdrucksweise das Leben selbst nicht als Recht bezeichnen kann" [21]). Immerhin bliebe noch die Frage, ob nicht ein Recht auf Leben, auf Freiheit usw. bestände. Wollte man diese Rechte annehmen, so bedürften sie jedenfalls einer anderen begrifflichen Fassung als die eigentlichen absoluten Rechte, wie z. B. das Eigentum. Da jene Rechtsgüter straf- und zivilrechtlich gegen Verletzung geschützt sind, liegt es nun freilich nahe, dem Rechte auf sie auch den Charakter als Ausschlußrecht verleihen zu wollen. Das BGB. spricht nicht unbedingt dagegen; der § 823 läßt die Ausdeutung zu, daß mit dem „sonstigen Rechte" die subjektiven Privatrechte gemeint sind [22]), die mit den Rechtsgütern des Lebens, der Freiheit usw. zusammengefaßt werden. Aber es ist nicht möglich, die hier einzeln aufgezählten Rechtsgüter als einzelne absolute Privatrechte anzuerkennen [23]). Man würde in konsequenter Verfolgung dieses Prinzips vor allem, wenn man jene unvollständige Aufzählung im analogen Verfahren ergänzte, zu Absurditäten gelangen.

[21]) Lehmann: Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 128.

[22]) Literatur zur Auslegungsfrage dieses Wortlauts findet sich bei Oertmann: BGB. Komm., 1908, Anm. 1 zu § 823.

[23]) Vgl. Enneccerus, 15./17. Aufl. 1922, II, S. 644: „Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit sind deshalb im Gesetze genannt, weil sie nicht zu den subjektiven Privatrechten gehören, wie denn auch ihre subjektive Rechtsnatur in keiner anderen Vorschrift des Gesetzbuches hervortritt." Anders zum Teil Henle a. a. O., S. 22.

Es ist meist ein sehr edles Interesse, was die Verfechter der Persönlichkeitsrechte leitet. So liegt ihnen vor allem daran etwa, die Ehre durch die Gewährung des Unterlassungsanspruchs zu schützen. Hellwig[24]) ruft mit echtem Pathos aus: „Und die höchsten Güter sollten schutzlos sein? Oder sie sollten doch lediglich insofern geschützt sein, daß man nach schuldhaft geschehener Verletzung Geldersatz fordern könne?" — Im einzelnen begründet man die Anerkennung eines Rechtes auf Ehre aus der Tatsache, daß das BGB. ein besonderes Recht auf den Namen zugesteht (§ 12 BGB.). „Was vom Namen gilt, muß erst recht von der Ehre gelten"[25]). Hierbei wird der Name, dessen Schutz gewährleistet wird, schon selbst unter dem Gesichtspunkt der Ehre verstanden. Gegen diese Auffassung jedoch bestehen große Bedenken. In der Ehre, wie überhaupt in allen sog. Persönlichkeitsrechten liegt etwas durchaus Irrationales. Im vollen Umfange sind sie vom Rechte nicht erfaßbar. Gegenüber diesem Irrationalen verzichtet unsere Rechtsordnung meist mit feinem Takt auf eine Regelung. Wenn sie den Namen schützt und die Beleidigung bestraft, so tut sie es viel mehr aus materiellen als aus ideellen Gründen. Ein Verzicht auf ausgedehnteren Schutz derartiger ideeller Güter bedeutetnicht ein Weniger, sondern ein Mehr in ihrer Hochschätzung. Jedenfalls aber sind alle Versuche, ideelle Persönlichkeitswerte durch Unterlassungsanspruch zu schützen, nicht nur aus begrifflichen Erwägungen heraus, sondern gerade um des Eigenwertes dieser Güter willen mit Vorsicht zu behandeln.

Nach diesen Ausführungen braucht die Frage, ob ein allgemeines Recht der Persönlichkeit anzuerkennen sei, nur kurz erörtert zu werden. Stephan[26]), der beklagt, daß es noch immer nicht allseitig anerkannt sei, versteht unter ihm, sehr weit gefaßt, das Recht, „das uns den Genuß unserer eigenen Person und der mit ihr verbundenen persönlichen

[24]) Anspruch u. Klagerecht, 1900, S. 37.
[25]) Dernburg, J. W., 1905, S. 161.
[26]) Die Unterlassungsklage, 1908, S. 90.

Güter gewährt.“ Engere Formulierung geben Hellwig und Gierke. Hellwig[27]) bezeichnet es als das Recht, „seine Persönlichkeit innerhalb der Grenzen des Rechtes frei zu betätigen,“ Gierke[28]) als das „einheitliche subjektive Grundrecht, das alle besonderen subjektiven Rechte fundamentiert und in sie alle hineinreicht.“ Als Vertreter der Anerkennung dieses Rechtes sind im übrigen noch Lehmann[29]) und Dernburg[30]) anzuführen.

Die herrschende Meinung[31]) erkennt ein derartiges allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht an. Wohl mit Recht, denn tatsächlich ist es in dem Aufbau unseres Privatrechtes nicht zu erkennen, während es doch nach der Formulierung Gierkes eine fundamentale und begründende Stellung einnehmen müßte. Unser Privatrecht ist anders aufgebaut; die mannigfaltigen Einzelrechte sind geregelt, ohne daß auch nur der leiseste Versuch zu erkennen ist, sie aus einem allgemeinen Rechtsschutz der Persönlichkeit herzuleiten.

Der entscheidende Einwand jedoch gegen die Annahme dieses Rechtes liegt in einer Linie mit dem, was oben über die Ehre gesagt ist. Versteht man „Persönlichkeit“, wie die Vertreter jenes Rechtes wollen, in einem so weiten Sinne, daß sie auch das Ganze der psychischen und geistigen Werte mit umfaßt, so muß wohl hier die juristische Regelung in vielen Punkten halt machen. Jedenfalls kann es kein die Gesamtheit der Persönlichkeit umfassendes Recht geben. Die Persönlichkeit als Ganzes ist ebenso wie die Ehre etwas, was keine Rechtsordnung geben noch nehmen kann. Zum Begriffe des Rechtes gehört aber die Veränderbarkeit und Aufhebbarkeit.

---

[27]) System des Zivilprozeßrechts, 1912, S. 270.
[28]) Deutsches Privatrecht, 1905, I, S. 703.
[29]) a. a. O., S. 128.
[30]) Bürgerliches Recht, 3. Aufl. 1906, I, S. 51, Anm. 4.
[31]) Vgl. R. G., 69, S. 401.

III. Unterlassungsanspruch aus relativem Recht.

Wesentlich unkomplizierter als bei absolutem Recht liegen die Fragen des Unterlassungsanspruchs bei obligatorischen Verhältnissen. Grund dafür ist vor allem, daß die bei den absoluten Rechten oft strittigen Momente bei relativem Recht von vornherein eindeutig gegeben sind und garnicht Gegenstand des Streites sein können.

a) Geltungsbereich des Unterlassungsanspruchs aus relativem Recht.

Das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs aus relativem Recht ist demnach nur von denen bestritten worden, die den Unterlassungsanspruch überhaupt ablehnen [1]). Jedoch bedarf die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs aus relativem Recht noch einer näheren Bestimmung. Er ist nur dann als berechtigt anzusehen, wenn er sich als selbständiger Unterlassungsanspruch darstellt, d. h. wenn die Pflicht zu unterlassen nicht die Kehrseite oder notwendige Konsequenz irgendeiner positiven Leistungspflicht bedeutet [2]). Ist dies letztere der Fall, so ist die Unterlassung dem positiven Leistungsanspruch unterzuordnen und kann nicht als selbständige negative Leistung gefordert werden. Damit ist aber positiv auch der Grundsatz ausgesprochen worden, daß in obligatorischen Verhältnissen eine selbständige Unterlassungspflicht auch einen selbständigen Unterlassungsanspruch begründet. — Umgekehrt kann auch die negative Verpflichtung positive Elemente mit enthalten. Wo positive Leistungen

[1]) Vgl. die Ausführung bei der Frage Anspruch und Fälligkeit, S. 11.
[2]) Vgl. Lehmann a. a. O., S. 90.

nur den Sinn haben, notwendige Vorbedingungen für die Unterlassung zu schaffen, da kann ein Anspruch auf sie auch nicht losgelöst von denjenigen auf Unterlassung erhoben werden.

Einer Abgrenzung bedarf die Anerkennung des Unterlassungsanspruchs aus relativem Recht noch gegenüber einer unzulässigen Ausdehnung ihres Geltungsbereichs durch Hellwig. Hellwig[3]) ist der Meinung, daß dem Gläubiger ein Anspruch auf Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Forderungsrechtes seitens Dritter zustehe, der bei den Voraussetzungen des § 259 ZPO. erhoben werden könne. Die Berechtigung für diese Annahme leitet er aus § 823, I her, wo er unter das „sonstige Recht" das Forderungsrecht mit einrechnet. Man muß mit Enneccerus[4]) zugeben, daß der Wortlaut des fraglichen Paragraphen für diese Annahme spricht. Jedoch macht es die Tatsache, daß die Verletzung des Forderungsrechtes an vielen Stellen des Gesetzes so eingehend berücksichtigt ist, unmöglich, in jenen Worten daneben noch eine Allgemeinregelung über deliktische Verletzung zu erblicken. Im übrigen ist, selbst wenn man der von Hellwig vertretenen Auffassung des § 823, I zustimmt damit noch nicht die Richtigkeit seiner Ansicht über den Schutz des Forderungsrechtes sichergestellt. Man könnte dann aus dem fraglichen Paragraphen wohl eine Unterlassungspflicht jedes Dritten gegenüber dem Gläubiger, aber nicht einen Unterlassungsanspruch herleiten. Dieses wäre nur möglich, wenn das Verletzungsverbot ein absolutes Recht an der Forderung statuieren würde. Für diese Annahme liegt kein Anlaß vor. Vielmehr sind Pflicht und subjektives Recht nicht notwendige Korrelate[5]), — eine Erkenntnis, die später auch bei der Untersuchung über die Begründungen des Unterlassungsanspruchs aus unerlaubter Handlung von Wichtigkeit sein wird. Eine grundsätzliche Anerkennung

[3]) Anspruch und Klagerecht, 1900, S. 42/44.
[4]) Bürgerl. Recht, 15./17. Aufl. 1922, II, S. 647 f.
[5]) Dies ist nur in reinen obligatorischen Verhältnissen der Fall.

eines Unterlassungsanspruchs des Gläubigers gegenüber Beeinträchtigungen seines Forderungsrechtes durch Dritte ist dem nach nicht möglich. Höchstens könnte unter bestimmten Voraussetzungen der Unterlassungsanspruch als Teilmoment eines Schadenersatzanspruchs, der durch § 823, I gewährt würde, in Frage kommen. Jedoch fällt schon mit der Hellwigschen Auslegung des § 823, I seine in Frage stehende Behauptung.

b) Entstehung des Unterlassungsanspruchs aus relativem Recht.

Betreffs der Entstehung des Unterlassungsanspruchs kann kaum Zweifel herrschen. Sie ergibt sich eindeutig aus § 241 BGB. „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen." Damit ist m. E. klar gesagt, daß zugleich mit dem Schuldverhältnis, das den Schuldner zur Unterlassung verpflichtet, der Anspruch auf dieselbe entsteht. Eine Entstehung vor diesem Zeitpunkt kommt nicht in Frage. Seltsamerweise hat man jedoch eine spätere Entstehung des Unterlassungsanspruchs behauptet und es so aufgefaßt, als begänne er erst mit der Zuwiderhandlung. Zu dieser Ansicht führte einerseits die oben (S. 30) bereits widerlegte irrige Ausdeutung des § 198 BGB., andererseits die bei der Erörterung des Anspruchsbegriffes zurückgewiesene Behauptung, daß Klagbarkeit zum Anspruchsbegriff gehöre. Diese Klagbarkeit sah man aber wiederum nur dann gegeben, wenn eine Rechtsverletzung vorliege. Abgesehen davon, daß § 259 ZPO., wenn man hier in den Leistungsbegriff auch die Unterlassung mit einbezieht, ganz entscheidend dagegen spricht, ergeben sich bei dieser Annahme auch logische Unmöglichkeiten. Auf einen Anspruch auf einmalige Unterlassung bezogen, führt jene Ansicht zu ganz unmöglichen Ergebnissen. Ein derartiger Anspruch wird durch die erste Zuwiderhandlung aufgehoben. Es kann höchstens ein Anspruch auf Beseiti-

gung des geschaffenen Tatbestandes oder auf Schadenersatz erhoben werden. „Wer den Anspruch auf einmaliges Unterlassen erst durch die Zuwiderhandlung entstehen läßt, behauptet somit seine Entstehung nach seinem Untergang“ [6]).

c) Die einzelnen Fälle negativer Forderungsrechte in obligatorischen Verhältnissen.

Es ist nunmehr kurz darauf einzugehen, wann aus relativem Recht ein Unterlassungsanspruch zu begründen ist. Man hat hier zu unterscheiden zwischen einer Begründung unmittelbar durch das Gesetz und einer solchen durch Rechtsgeschäft. Das Gesetz selbst erkennt den selbständigen Unterlassungsanspruch aus bestimmten obligatorischen Verhältnissen nur an drei Stellen ausdrücklich an, und zwar in den §§ 550, 577 Satz 2 und 581, II BGB. Hier handelt es sich um relatives Recht aus Miet- und Pachtverhältnissen. Gemäß § 550 BGB. kann der Vermieter auf Unterlassung klagen, wenn der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht und den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters fortsetzt. Gemäß § 577 Satz 2 besteht bei nachträglicher Belastung des Mietgrundstückes mit dem Rechte eines Dritten, das nur eine Beschränkung des Mieters in dem vertragsmäßigen Gebrauch zur Folge hat, für den Dritten die Pflicht, die Ausübung zu unterlassen, soweit sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde. Der hiermit gegebenen selbständigen Unterlassungspflicht korrespondiert nach unseren oben für obligatorische Verhältnisse entwickelten Voraussetzungen ein selbständiger Unterlassungsanspruch. Und drittens finden gemäß § 581, II auf die Pacht die Vorschriften über die Miete entsprechende Anwendung. Entsprechen also die Voraussetzungen des § 577 Satz 2 einem konkreten Falle der Pacht, so besteht auch hier ein selbständiger Unterlassungsanspruch. Weiter kann man annehmen, daß das Gesetz auch einen selbständigen Unterlassungsanspruch bei den An-

[6]) Lehmann a. a. O., S. 106.

sprüchen auf ein Dulden gibt. Duldungspflichten haben selbständige Bedeutung; ihnen muß deshalb stets ein Anspruch auf Dulden, d. h. ein Unterlassungsanspruch entsprechen. So besteht gemäß § 716 BGB. für den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter der Anspruch, daß ihn die geschäftsführenden Gesellschafter nicht an der Einsicht in die Geschäftsbücher hindern, und gemäß § 743 für den Teilhaber einer Gemeinschaft der Anspruch, daß die anderen Teilhaber ihn nicht von einem angemessenen Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes abhalten.

Außer den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen lassen sich durch Vertrag alle denkbaren negativen Forderungsrechte begründen. Das Obligationenrecht gibt hierin völlige Vertragsfreiheit. Eine notwendige Einschränkung ergibt sich einerseits nur aus der Bestimmung des § 138 BGB., wonach ein gegen die guten Sitten verstoßender Unterlassungsanspruch nicht statuiert werden kann, andererseits aus der selbstverständlichen Voraussetzung, daß das Objekt der Unterlassungspflicht auch dem Rechtsgebiet angehören muß, d. h. daß eine Unterlassung von Handlungen, die außerhalb der Rechtssphäre liegen, nicht an sich zum Gegenstande rechtskräftiger Verbindlichkeit gemacht werden kann. — Die Möglichkeit, aus einseitigem Rechtsgeschäft einen selbständigen Unterlassungsanspruch herzuleiten, liegt wohl nur bei den letztwilligen Verfügungen vor[7]).

[7]) Vgl. Lehmann: Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 132.

IV. Unterlassungsanspruch aus unerlaubten Handlungen.

Die praktische Bedeutung des Unterlassungsanspruchs aus relativem Recht ist naturgemäß größer als die aus absolutem Recht. Jedoch wird auch sie noch wesentlich übertroffen von der Bedeutsamkeit einer Gruppe von Unterlassungsansprüchen, die in der bestehenden Gesetzgebung anscheinend überhaupt nicht berücksichtigt ist. Es handelt sich um die sog. Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen. Ihnen wendet sich infolgedessen auch das meiste Interesse zu, sowohl auf dem Gebiete der Literatur wie dem der praktischen Rechtssprechung. Dabei ist das praktische Bedürfnis nach Gewährung eines Unterlassungsanspruchs an den durch eine unerlaubte Handlung Verletzten und durch ihre Wiederholung Gefährdeten unbestritten anerkannt. Hingegen gehen die Anschauungen auseinander bei der Frage, wie ein solcher Unterlassungsanspruch theoretisch zu rechtfertigen sei. Da das gesamte Recht keinerlei direkte Anhaltspunkte gibt [1]), so handelt es sich nicht etwa nur um die Auslegung irgendwelcher positiven Gesetze, sondern um eine vollständig neue Konstruktion, bei der höchstens die Normen des bestehenden Rechts als Stützen oder als Ausgangspunkte herangezogen werden.

a) Gebiet des Unterlassungsanspruchs aus unerlaubten Handlungen.

Bevor diese eigentliche Hauptfrage, wie nämlich ein derartiger Unterlassungsanspruch zu konstruieren sei, behandelt

[1]) Im Titel der unerlaubten Handlungen ist der Unterlassungsanspruch nicht erwähnt.

wird, empfiehlt es sich, daß wir uns kurz über das Gebiet klar werden, innerhalb dessen er überhaupt gewährt werden kann. Zunächst muß zugestanden werden, daß im Prinzip jede unerlaubte Handlung einen negativen Anspruch erzeugt. Die praktische Möglichkeit jedoch ist keineswegs für alle Fälle gegeben. Lehmann führt als Beispiele die Fälle der §§ 833, 835 BGB. an[2]), m. E. mit Recht; denn wenn ein Anspruch auf Unterlassen erhoben wird, so muß doch vor allem der Anspruchsgegner das Unterlassen in seiner Hand haben. Ist, wie in den genannten Bestimmungen an das Vorliegen eines Tatbestandes die Schadenersatzpflicht einer Person geknüpft, ohne daß in dieser Person diejenigen Momente (Schuld, Kausalität) vorliegen, die im allgemeinen Voraussetzung für die Zurechnung des schädigenden Ereignisses sind, so ist ein Unterlassungsanspruch eine unvollziehbare Vorstellung. Wenn das Reichsgericht meint, daß jeder auch nur objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Gut bei Besorgnis weiterer Eingriffe zur Klage auf Unterlassung berechtige[3]), so ist diese Auffassung jedenfalls durch den Satz Lehmanns[4]) einzuschränken: „Ein Anspruch auf die Unterlassung von unerlaubten Handlungen, die nicht wenigstens menschliches Verhalten sind, gibt es nicht, weil die Vorstellung einer Verpflichtung, den Eintritt dieser Tatbestände zu unterlassen, ganz unmöglich ist."

b) Die wissenschaftliche Begründung des Unterlassungsanspruchs aus unerlaubten Handlungen.

1. Die Theorie des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht hat zuerst eine Theorie über die Begründung eines Unterlassungsanspruchs entwickelt. Sie ist der Gegenstand heftigsten Streites geworden und zu ihr muß zunächst Stellung genommen werden. Die grundlegende

[2]) Lehmann: Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 221.
[3]) Vgl. R. G., 48, S. 118.
[4]) a. a. O., S. 221.

Entscheidung findet sich in Bd. 48, S. 114 ff. Das Reichsgericht gewährte hier einer Speditionsfirma, der durch eine Dampfschiffahrtsgesellschaft ein ihren Betrieb schädigendes Verhalten angedroht wurde, das Recht zur Unterlassungsklage. Zur Begründung wurde der § 826 BGB. herangezogen mit folgender Erklärung: „§ 826 enthält, wenn auch ausdrücklich nur eine Schadensersatzpflicht, doch der Sache nach zugleich den Ausdruck für eine Verbindlichkeit zur Unterlassung.“ Ferner wurde dabei allgemein der Satz vertreten, daß mit Recht und Verpflichtung ein Unterlassungsanspruch korrespondieren müsse: „Wenn das Gesetz ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung auferlegt, muß es auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung gegen den Verpflichteten im Wege der Klage verfolgen zu lassen.“ Prinzipiell ist dies die Auffassung des Reichsgerichts geblieben [5]), nur im einzelnen hat sie seither einige Schwankungen und Veränderungen durchgemacht, auf die später noch einzugehen sein wird. Ebenso haben sich ihr in der Praxis mehrere Oberlandesgerichte in entsprechenden Fällen angeschlossen [6]). Ihre literarische Vertretung findet die Theorie hauptsächlich durch Fuld [7]). Auch für Fuld entspringt die Zulässigkeit des Unterlassungsanspruchs unmittelbar „aus dem Wesen der Rechtsverletzung, aus dem Charakter der unerlaubten Handlung“. Er hält es für undenkbar, daß es eine Gesetzgebung gäbe, welche aus der unerlaubten Handlung als Rechtsfolge wohl das Recht des Schadenersatzes hervorgehen ließe, dagegen nicht das Recht, Beseitigung und Unterlassung der Beeinträchtigung zu verlangen. Will man diese Auffassung auf eine Formel bringen, so könnte man etwa sagen: das Reichsgericht konstruiert einen Anspruch

[5]) Vgl. z. B. R. G., 56, S. 286; 60, S. 2.

[6]) Vgl. OLG. Celle in Rspr., 5, S. 239; OLG. Hamburg in Recht., 03, 79, Nr. 321.

[7]) Sächs. Arch., Bd. 12, S. 257.

auf Unterlassung unerlaubter Handlungen auf der Grundlage des Verbots derselben.

Wir haben oben ausgeführt, daß nach unserer Ansicht ein subjektives Recht direkt einen Unterlassungsanspruch erzeugen kann. Soweit stimmen wir mit der Theorie des Reichsgerichts überein. Dagegen ist sehr zu fragen, ob dasselbe für die Verpflichtung zutrifft, wie der oben zitierte Satz der Reichsgerichtsentscheidung es will. Aeußerlich angesehen könnte es so scheinen, als ob das Recht des einen die notwendige Kehrseite der Pflicht des anderen gegen ihn sei. Dann wäre jede unerlaubte Handlung Verletzung subjektiven Rechtes, nämlich des Rechtes auf ungestörten Genuß eines Rechtsgutes. Tatsächlich ist diese Auffassung auch vertreten worden, so z. B. von Eltzbacher[8]), der das Recht prinzipiell als „die begünstigende Seite der Rechtsnorm" auffaßt. Von wesentlicher Bedeutung ist jedoch hier die Unterscheidung zwischen dem unmittelbar Berechtigten und dem mittelbar Begünstigten. Diese Unterscheidung ist nicht nur in § 823 BGB. erkennbar, wo in den Absätzen I und II zwischen Recht und rechtlich geschütztem Interesse unterschieden wird, sondern sie liegt dem Wesen nach in unserer ganzen Gesetzgebung vor, indem das Gesetz bald die rechtliche Position des Einzelnen verstärkt und ihm ein ausdrückliches Recht auf eine Leistung gibt, bald den Einzelnen nur von der Verpflichtung eines anderen Nutzen haben läßt. Die rechtliche Bevorzugung des unmittelbar Berechtigten vor dem nur mittelbar Interessierten tritt naturgemäß bei Beobachtung der Rechtsnorm nicht hervor, wohl aber dann, wenn der zur Leistung Verpflichtete irgendwie seiner Pflicht nicht genügt. Dann ist nur der ausdrücklich Berechtigte ermächtigt, die Zwangsgewalt des Staates für sein Recht in Anspruch zu nehmen. Wo hingegen lediglich eine Pflicht statuiert ist, ist der dadurch mittelbar Begünstigte noch lange nicht Berechtigter und deshalb auch nicht befugt, sein aus der Ver-

[8]) Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Rechte, 1903, Bd. I, S. 69 u. 106.

pflichtung des anderen entstehendes Interesse als subjektives Recht geltend zu machen. Demzufolge enthält jedes Schutzgesetz wohl eine Begünstigung, aber nicht Berechtigung desjenigen, zu dessen Gunsten es aufgestellt ist. § 823, II würde bei entgegengesetzter Auffassung eine Tautologie bedeuten und somit befremdlicherweise überflüssig sein, da ja das Recht des Begünstigten bereits durch den ersten Absatz ausgesprochen und geschützt wäre. Der letzte Grund für die Ablehnung der Deduktion des Reichsgerichts ist also für uns die Erkenntnis, daß Pflicht und subjektives Recht nicht unmittelbar zwei Seiten ein und derselben Sache sind. Wir schließen uns dem Satze Stephans [9]) an: „Von einem aus dieser Pflicht entspringenden Rechte und einem daraus folgenden Anspruche auf Unterlassung, wie ihn die Reichsgerichtsentscheidung vom 11. März 1901 annimmt, kann keine Rede sein. Jedenfalls ist die Existenz eines derartigen Unterlassungsanspruchs mit unserem BGB. unvereinbar."

Das Interesse des Reichsgerichts ging auf möglichst weitgehende praktische Fruchtbarmachung des Unterlassungsanspruchs. Dieses Bemühen veranlaßte in jüngeren Entscheidungen [10]) das Reichsgericht zu dem Satze, daß die Unterlassungsklage aus den §§ 823 ff BGB. auch schon bei einer bloß objektiv rechtswidrigen Handlung zuzulassen sei. Zu diesem Ergebnis kam das Reichsgericht durch analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. Da nach diesen Bestimmungen schon objektive Rechtswidrigkeit zur Erzeugung eines Anspruchs ausreicht, so verlangt das Reichsgericht auch bei Verletzung und erneuter Gefährdung von bloßen Rechts-Gütern kein subjektives Verschulden. Dieser Ansicht schließt sich auch Enneccerus [11]) an, der seine Auffassung folgendermaßen formuliert: „Nach Analogie der für die Ausschließungsrechte gegebenen Bestimmungen wird daher auch hier eine Klage auf Unterlassung gegeben sein, wenn das Verbot

[9]) Stephan: Unterlassungsklage, 1908, S. 146.
[10]) Vgl. z. B. R. G., 60, S. 6.
[11]) Bürgerl. Recht, 15./17. Aufl. 1922, Bd. II, S. 691.

übertreten und Wiederholung zu befürchten ist; denn das in jenen Vorschriften hervortretende höhere Prinzip beschränkt sich nicht auf die Verletzung subjektiver Rechte oder gar der Ausschlußrechte, sondern geht dahin, daß der drohenden Wiederholung rechtswidriger, andere schädigender Handlungen ein Riegel vorgeschoben werden soll. . . . wird . . . anzunehmen sein, daß nur eine objektive Rechtswidrigkeit, nicht ein Verschulden des Täters erforderlich ist, während allerdings die Schadenersatzpflicht nur bei Verschulden eintritt."

In der Formulierung des Reichsgerichts liegt das Befremdliche darin, daß die Begründung der Unterlassungsklage aus dem Wesen der unerlaubten Handlung und die analoge Anwendung der für absolute Rechte gegebenen §§ 12, 862, 1004 nebeneinander gegeben sind, während die beiden Begründungen sich doch eigentlich widersprechen. Aber ganz abgesehen davon ist jener Analogiebeschluß auch nicht angängig. Die Kluft zwischen den Unterlassungsansprüchen aus absolutem Recht und denen aus unerlaubter Handlung ist zu groß. Dort entspringt der Unterlassungsanspruch unmittelbar aus dem Wesen des absoluten Rechtes, hier dagegen handelt es sich um den Schutz von bloßen Rechtsgütern, die nicht ohne weiteres einen solchen Anspruch erzeugen können. Mit Recht sagt Lehmann[12]): „Es erscheint willkürlich, anzunehmen, daß das Gesetz durch Verleihung eines von genau bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen abhängigen Ersatzanspruchs stillschweigend daneben einen nach den ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 12, 862, 1004 ff von ganz anderen Voraussetzungen abhängigen, völlig selbständigen Unterlassungsanspruch gewähren wolle[13]).

Eine andere verändernde Näherbestimmung des Unterlassungsanspruchs aus unerlaubter Handlung bietet das Reichs-

---

[12]) Lehmann: Unterlassungspflicht, 1906, S. 227.

[13]) Ablehnend zu obiger R. G. Theorie verhalten sich im übrigen vor allem Stephan: Die Unterlassungsklage, 1908, S. 144; Oertmann: BGB. Komm., 1908, Vorbem. 4 zu § 823.

gericht mit der Entscheidung [14]), daß Unterlassungsklage nicht zulässig sei, falls die zu unterlassende Handlung bereits unter ein Strafgesetz falle. „Wo die Wiederholung einer Handlung als gesetzlich verboten bereits mit öffentlicher Strafe bedroht ist, ist für eine weitere zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum . . . es gibt nur eine Strafe für eine unter öffentliche Strafe gestellte Handlung, und diese ist die öffentliche Strafe des Gesetzes. Ihr muß die zivilrechtliche weichen." Damit ergibt sich die eigentümliche Verschränkung der Reichsgerichtsauffassung gegenüber der herrschenden Ansicht, daß es auf der einen Seite die oben dargelegte Ausweitung des Unterlassungsanspruchs, auf der anderen eine Einengung für bestimmte Fälle vornimmt. Aber die Notwendigkeit dieser Einengung kann nicht anerkannt werden. Der strafrechtliche Schutz ist häufig unzureichend. Enneccerus [15]) erinnert mit Recht an „Handlungen, aus denen der Verletzte unverhältnismäßigen Vorteil zieht, endlich an den oft unsicheren oder späten Erfolg der Strafanzeige". Auch mit dem BGB. ist diese Beschränkung des Unterlassungsanspruchs nicht zu vereinbaren, indem es den Unterlassungsanspruch neben strafrechtlichem Schutz ohne Vorbehalt gestattet, während es nach der Theorie des Reichsgerichts auch in den Fällen der §§ 12, 862, 1004 den Unterlassungsanspruch für unzulässig erklären müßte, falls zugleich eine (häufig vorkommende) Verletzung eines Strafgesetzes vorliege [16]).

2. Ableitung des Unterlassungsanspruchs bei unerlaubten Handlungen aus § 249 BGB.

Die Theorie des Reichsgerichts ist demnach für die Begründung des Unterlassungsanspruchs aus unerlaubter Hand-

[14]) Vgl. R. G., 77, S. 217; 82, S. 61.

[15]) Bürgerl. Recht, 15./17. Aufl. 1922, II, S. 692.

[16]) Vgl. auch die Ablehnung dieser Auffassung seitens Delius und Schmitt in J. W., 13, S. 6 und 13, S. 669; Lesser: Arch. f. bürg. Recht, 38, S. 116: „Es scheint daher angezeigt, die Unterlassungsklage unabhängig von der Frage der Strafbarkeit zu gewähren."

lung nicht anzuerkennen. Da jedoch die praktische Notwendigkeit der Gewährung dieses Anspruchs unbestritten besteht, muß eine andere Ableitung gefunden werden, die den Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung rechtfertigt. Dabei braucht auf die Theorie Eltzbachers [17]), der die Auffassung des Reichsgerichts noch überbietend ein absolutes Recht jedes Einzelnen konstruiert, daß gegen ihn keine unerlaubte Handlung begangen werden dürfe, und diejenige Lessers [18]), die auf einer unzulässigen Gleichsetzung von Rechtsverletzung und Rechtsgefährdung beruht, nicht mehr eingegangen zu werden. Die von uns zu billigende Theorie ist zuerst von Oertmann [19]), dann vor allem von Stephan [20]), Lehmann [21]), Staudinger [22]) und dem Kommentar der Reichsgerichtsräte [23]) vertreten. Ihr Kernpunkt ist etwa der Satz: Die Unterlassung ist als ein Teil des Schadensersatzes anzusehen, den der Schuldner nach den §§ 823 ff zu leisten hat. Man kann diese Theorie daher im Gegensatz zu der grundsätzlichen Theorie des Reichsgerichts, die den Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung aus der Tatsache des Verbots derselben herleitet, als die Konstruktion aus dem Anspruch auf Schadenersatz bezeichnen. Im einzelnen stützt sich diese Theorie auf folgende Erwägungen: Die Schädigung des Einzelnen durch eine unerlaubte Handlung vollzieht sich nach zwei Richtungen, zunächst und am erkennbarsten darin, daß ein ihm zustehendes Recht, Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse verletzt oder gefährdet wird. Dann aber auch darin, daß sie ihm das Gefühl der Rechts-

---

[17]) Die Unterlassungsklage, 1906, S. 112.

[18]) Die Unterlassungsklage bei unerlaubten Handlungen, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 38, S. 113.

[19]) D. J. Z. 1904, S. 161 ff.

[20]) Die Unterlassungsklage, 1908, S. 137 ff.

[21]) Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 124 ff.

[22]) Staudinger: BGB. Komm., 7./8. Aufl. 1912, Vorbem. VII zu § 823.

[23]) Komm. d. R. G. R., 2. Aufl. 1913, Vorbem. Nr. 6, II zu § 823.

sicherheit und damit zugleich das Bewußtsein eines unbeeinträchtigten Genießens der eigenen Rechtsgüter mindert. Die materielle Schädigung mag in dieser letzteren Hinsicht selten oder sehr gering sein; hingegen liegt darin eine bedeutende moralische Beeinträchtigung vor. Der § 249 BGB. läßt es angängig erscheinen, auch die Aufhebung der moralischen Schädigung in den Begriff des Schadensersatzes einzubeziehen; denn er bezeichnet als Verpflichtung zum Schadenersatz die Verpflichtung „den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Zu diesem vor der unerlaubten Handlung bestehenden Zustand gehört aber auch das Gefühl der Rechtssicherheit, das jedoch erst dann vollständig wiederhergestellt wird, wenn nicht nur der materielle Schaden irgendwie ersetzt, sondern auch die Wahrscheinlichkeit künftiger Rechtswidrigkeiten aufgehoben ist. Demnach gehört aber zum vollständigen Schadenersatz die künftige Unterlassung und zum vollständigen Schadenersatzanspruch der Anspruch auf künftige Unterlassung.

Was die Begründung dieser Theorie betrifft, so ist zunächst zu betonen, daß sie mit den Vorschriften des geltenden Rechtes reibungslos in Einklang zu bringen ist[24]), im Gegensatz zu der aus den bestehenden Vorschriften sehr kühn entwickelten Theorie des Reichsgerichts. Wenn hier in recht bedenklicher Weise der Schluß von Pflicht auf subjektives Recht gezogen wurde, stützt sich die hier vertretene Theorie nicht auf Schlüsse, sondern baut auf einer gegebenen Gesetzesvorschrift auf. Infolgedessen ist für sie auch eine uferlose Ausweitung des Unterlassungsanspruchs unmöglich, insofern nämlich die Ableitung des Anspruchs selbst sein Gebiet begrenzt. Ein Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Hand-

[24]) Dies wird z. B. auch von Lesser, der diese Theorie im übrigen ablehnt, anerkannt. Vgl. Arch. f. bürg. Recht, Bd. 38, S. 112: „. . . . es kann nicht verkannt werden, daß sie sich am meisten auf den Boden des Rechtes, wie es in zweifelloser Weise zum Ausdruck gekommen ist, bewegt."

lung ist nur insoweit mit dem Gesetz vereinbar, als die Unterlassung unter den Oberbegriff des Schadensersatzes zu fassen ist. Dadurch, daß unsere Theorie ferner den immer sehr gefährlichen Analogieschluß vermeidet, kann sie sich auch nicht eine Zusammenstellung von Begriffen, die ihrem innersten Wesen nach verschiedenen Charakters sind, zuschulden kommen lassen.

Es bleibt noch die Aufgabe, die verschiedenartigen Einwendungen auf ihre Berechtigung zu prüfen. Die Idee der doppelten Schädigung, der materiellen und moralischen, die unserer Auffassung zugrunde liegt, wird von Eltzbacher[25]) nicht genügend gewürdigt. Jacobsohn[26]) erkennt ihre Berechtigung wohl an, behauptet jedoch, daß die moralische Schädigung nicht aus der stattgefundenen Verletzung, sondern aus der Besorgnis erneuter Verletzung resultiere. Daher sei es unmöglich, die Aufhebung dieser Schädigung als Schadenersatz zu bezeichnen; denn letzterer bedeutet doch nur, daß die Wirkungen der bereits stattgefundenen schädigenden Handlungen beseitigt würden. Dieser Einwand widerlegt sich jedoch leicht durch die Erwägung, daß die Befürchtung erneuter Beeinträchtigung und die tatsächliche Verletzung im Kausalverhältnis stehen. Die stattgefundene Verletzung gibt eben gerade erst den Anlaß oder zum mindesten ein erheblich verstärkendes Moment zur Besorgnis, weil sie gezeigt hat, daß die Gefährdung sich zur Verletzung realisieren kann. Gewiß ist die Besorgnis vor zukünftiger Beeinträchtigung der unmittelbare Grund der moralischen Schädigung. Aber ohne die tatsächlich erfolgte Verletzung wäre ja die Besorgnis garnicht oder wenigstens nicht in so starkem Maße wachgerufen worden. Sie ist trotz Jacobsohns Einwand eng zu den Wirkungen der verletzenden Tat und ihre Beseitigung zur Naturalrestitution zu rechnen.

Aehnlich wie Jacobsohn verfährt Lesser[27]). Lesser geht

[25]) Die Unterlassungsklage, 1906, S. 216.
[26]) Die Unterlassungsklage, 1912, S. 34.
[27]) Arch. f. bürg. Recht, Bd. 38, S. 111.

nicht so weit wie Jacobsohn, die moralische Schädigung lediglich auf die Besorgnis erneuter Zuwiderhandlung zurückzuführen, meint jedoch, daß diese Besorgnis in vielen Fällen auf das drohende Verhalten des Gegners und nicht auf die bereits stattgefundene Verletzung sich gründet. Darum erhebt er gegen die Theorie Oertmanns den Vorwurf, daß sie das Anwendungsgebiet des Unterlassungsanspruchs für die Praxis zu sehr einenge. „Sehr fraglich ist es in den meisten Fällen, ob die Unruhe und Unsicherheit des Verletzten im Kausalzusammenhange mit der bereits tätlich verwirklichten unerlaubten Handlung steht . . . Dann bleiben aber für die Anwendung der Theorie nur wenige Fälle; in diesen ist sie allerdings brauchbar." Eine Entkräftung dieses Einwands kann nur eine Wiederholung des bereits gegen Jacobsohn Geltendgemachten bedeuten. Aeußerlich angesehen, mögen tatsächlich Drohungen das Gefühl der Rechtsunsicherheit erzeugen. Mehr aber als die stärkste Drohung mit Worten wirkt eine bereits geschehene Tat. Die Besorgnis, daß der Gegner seine Drohungen wahrmachen könne, bekommt ihre ganze Stärke erst dadurch, daß er es bereits einmal getan hat. Erst die vollzogene Tat beweist eben, daß er es unter Umständen bei der Drohung nicht bewenden läßt. Damit scheint auch der Einwand Lessers unbegründet.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 21. September 1901 zu Dresden als der Sohn des Bildhauers Richard Dittmann und seiner Frau Agathe, geb. Haag. Mein Vater starb, als ich sechs Jahre alt war. Mit neun Jahren kam ich nach Rostock zu meiner Pflegemutter Frl. Luise Kippenberg. Ich besuchte hier das Gymnasium von Ostern 1912 bis Ostern 1921. Das Reifezeugnis erhielt ich Ostern 1921. Ich studierte dann in Rostock, Innsbruck, Leipzig, Rostock. Ostern 1925 bestand ich hier die erste juristische Prüfung und befinde mich seitdem im staatlichen Vorbereitungsdienste.

Kurt Dittmann, Referendar.